

# Os “triângulos normativo e judicial

## materia de direitos humanos

### The “european regulatory and judicial triangles”: *the coherence between various systems on human rights*

Belisa Carvalho Nader<sup>1</sup>

#### Resumo

O artigo visa analisar o chamado “triângulo europeu” de proteção dos direitos humanos, caracterizado por uma complexa articulação normativa e judicial dos três sistemas de proteção coexistentes na Europa: em nível nacional, em nível internacional e em nível da União Europeia. Para tanto, parte-se da apresentação da internormatividade verificada na Europa, traduzida na concorrência e, principalmente, na complementaridade das matrizes normativas, o que exige a exposição do consagrado princípio da proteção mais elevada como mecanismo harmonizador dessa pluralidade. Em seguida, desenvolve-se a proteção judicial dos direitos humanos na Europa, enfatizando a articulação e, acima de tudo, a influência recíproca entre os diversos tribunais competentes, inclusive mediante referência a algumas decisões que retratam a evolução dessa aproximação. Por fim, conclui-se que essa complexa articulação normativa e judicial verificada na Europa molda a chamada “identidade jurídica europeia”, caracterizada por uma imprescindível coerência intersistemática na proteção dos direitos humanos. Ainda, conclui-se ser a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais o principal instrumento normativo da Europa, exprimindo uma verdadeira convergência europeia em matéria de direitos humanos. Da mesma forma, conclui-se ser o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o guardião máximo dos direitos humanos na Europa, desempenhando um verdadeiro papel integrador.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Internormatividade. Princípio da proteção mais elevada. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

#### Abstract

This article aims to analyze the so called “European triangle” for the protection of human rights, characterized by a complex normative and judicial articulation of three coexisting systems of protection in Europe: at national, international and at the European Union level. In order to do so, it starts by presenting the multiple standards experienced in Europe, which means

\* Artigo recebido em 15/12/2011  
Artigo aprovado em 21/07/2012

<sup>1</sup> Advogada e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

<sup>2</sup> Texto adaptado da Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional, intitulada “O Reconhecimento da Identidade Cultural dos Indivíduos frente à Identidade Nacional: a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” e defendida em fevereiro de 2011, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

concurrent and, in particular, complementary normative schemes. This pluralism also requires the presentation of the established maximum standard principle as an harmonizing mechanism. Then, it presents the judicial protection of human rights in Europe, emphasizing the articulation and, mainly, the mutual influence between all competent courts, including references to some decisions that properly demonstrate the evolution of their approach. Ultimately, it concludes that this complex normative and judicial articulation found in Europe shapes what is called the “European legal identity”, based on an indispensable coherence towards the adequate protection of human rights. It also concludes that the European Convention of Human Rights is taken as the main normative instrument in Europe, expressing a true European convergence in terms of human rights. Finally, likewise, it concludes that the European Court of Human Rights is confirmed as the prime guardian of human rights in Europe, playing a true integrative role.

**Keywords:** Human rights. Multiple standards. Maximum standard principle. European Court of Human Rights.

## 1 Introdução

Longe de qualquer tentativa de limitação ou restrição dos direitos humanos<sup>3</sup>, estes são, hoje, tutelados em diversos níveis e por diversos sistemas, justamente em razão da necessidade de se criarem mecanismos jurídicos mais eficazes e efetivos à proteção de tais direitos tão básicos e essenciais.

Diante do seu contexto de integração política e, acima de tudo, jurídica, a Europa consiste em um exemplo bastante significativo desse pluralismo, em que diversos documentos e mecanismos de proteção dos direitos humanos, de diversos níveis, coexistem, caracterizando uma relação de verdadeira concorrência e, principalmente, complementaridade desses múltiplos sistemas. Dessa maneira, é inegável a intensificação da tutela dos direitos humanos na Europa, sobretudo pelo fato de vigorarem,

em paralelo, três sistemas normativos e, respectivamente, três sistemas de garantia judicial: em nível nacional, em nível internacional regional e em nível supranacional, isto é, da União Europeia (UE ou União).<sup>4 5</sup>

Com efeito, a atual tutela dos direitos humanos na Europa, caracterizada pelos chamados “triângulos normativo e judicial europeus”,<sup>6</sup> mostra-se bastante complexa, levando-nos, inclusive, a enfrentar alguns questionamentos quanto à sua articulação e, por conseguinte, à sua efetividade. Por essa razão, desenvolveremos, a seguir, a inter-relação e a complementaridade jurídica do referido “triângulo”, de forma a demonstrarmos o caminho percorrido rumo à configuração de uma “identidade jurídica europeia” em matéria de direitos humanos.

Para tanto, partiremos da atual internormatividade verificada na Europa, a qual exigiu a consagração do princípio da proteção mais elevada como mecanismo de resolução de conflitos normativos. Em seguida, analisaremos como tal internormatividade influenciou a proteção judicial dos direitos humanos, enfatizando a inter-relação, agora, entre os diversos tribunais competentes, a ponto de se afirmar a existência de um guardião máximo dos direitos humanos na Europa.

<sup>4</sup> Referimo-nos, principalmente, a nível nacional, às Constituições e aos Tribunais Nacionais. A nível internacional, ao sistema do Conselho da Europa, nomeadamente, à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e ao respectivo controle exercido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A nível da União Europeia, primordialmente à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), além dos próprios Tratados Institutivos – Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) –, e ao controle exercido, em última instância, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ).

<sup>5</sup> A distinção aqui feita entre o Direito Internacional e o Direito da União Europeia é, meramente, didática, já que este último tem o seu fundamento no próprio Direito Internacional – numa sucessão de tratados internacionais –, embora desde sempre tenha demonstrado certa autonomia, a qual lhe garantiu certa especificidade. Enfatizamos, pois, as particularidades de cada sistema de proteção, de forma a desenvolvermos, ao longo do estudo, a inter-relação entre eles.

<sup>6</sup> Os chamados “triângulo normativo europeu” e “triângulo judicial europeu” são encontrados, respectivamente, em DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 28. e em DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 735-760. Vide nota 3.

<sup>3</sup> Desde já, esclarecemos que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não será, aqui, levada às últimas consequências, já que tal diferença não reside, essencialmente, na natureza e no conteúdo dos direitos mas, sim, na estrutura de proteção, garantida por mecanismos de ordem internacional ou interna.

## 2 Os direitos humanos na Europa e a internormatividade

Os direitos humanos, hoje, contrariando qualquer tentativa errônea de limitação ou restrição deles, são tutelados em diversos níveis e por diversos sistemas, justamente em razão da necessidade de se criarem mecanismos jurídicos mais eficazes e efetivos à proteção de tais direitos, caracterizando uma relação de verdadeira concorrência e, como veremos, complementaridade jurídica desses múltiplos sistemas de proteção.

Imprescindível se mostra considerarmos a articulação e a inter-relação de todos os sistemas de proteção dos direitos humanos, principalmente quando nos enquadrarmos na Europa, cujo contexto exige uma verdadeira troca normativa, isto é, uma influência e, acima de tudo, uma complementaridade jurídica direta entre os sistemas nacional, internacional e supranacional.<sup>7</sup> Mais sensível ainda a esse fenômeno internormativo é o âmbito dos direitos humanos, já que, dada a essencialidade e a universalidade de tais direitos, exige mecanismos jurídicos mais eficazes e efetivos à sua concretização.

É bem verdade que há quem alerte, como o faz Maria Luísa Duarte, que não necessariamente uma pluralidade de sistemas resulta em mais proteção, pelo contrário, pode, inclusive, resultar no efeito inverso e paradoxal, potencializando as antinomias e os conflitos entre eles.<sup>8</sup> Isso porque, já de acordo com Gomes Canotilho, não há mais:

[...] um vértice com uma norma superior; no estalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas di-

ficuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a *supremacia normativa* ou, pelo menos, a *aplicação preferente* das suas normas e princípios.<sup>9</sup>

Consoante postula Maria Luisa Duarte, tanto o direito nacional, como o internacional e o da União Europeia “[...] apresentam valores comuns e, em matéria de fontes, chegam a partilhar uma vasta área relativamente indivisa de direitos”.<sup>10</sup> No entanto, sem pôr em causa o pluralismo jurídico que caracteriza a coexistência entre as referidas matrizes jurídicas, já conclui que a interpretação e a aplicação das normas de direitos humanos na Europa contribuem fortemente para a criação de um “[...] modelo europeu de proteção dos direitos fundamentais, alimentado pelo objetivo da uniformidade ou, pelo menos, da coerência jurídica intersistemática”.<sup>11 12</sup>

Corroborando este entendimento, Gomes Canotilho defende que é, justamente, essa pluralidade normativa, em constante concorrência, convergência, justaposição e conflito, que originará um espaço jurídico pluralmente inclusivo, tendente a uma identidade jurídica aberta aos direitos humanos e a valores como a dignidade

<sup>7</sup> Para a base teórica sobre o que chamamos de “constitucionalismo multi-nível”, isto é, sobre a articulação desses vários níveis – nacional, internacional e supranacional – como autoridades constitucionais, PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited? *Common Market Law Review*, n. 36, p. 703-750, 1999.

<sup>8</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 368-369. Complementando, CALLEWAERT, Johan. The European Convention on Human Rights and European Union Law: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, p. 782-783, 2009, alerta que, quanto mais variadas as versões, os conteúdos e o alcance atribuídos aos mesmos direitos fundamentais e quanto mais básicos forem eles, menos fundamentais eles se tornam e mais o seu significado é erodido, o que pode levar a um momento em que tanta discrepância os torne menos fundamentais.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 695.

<sup>10</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 31.

<sup>11</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 43. Cumpre destacarmos o correto posicionamento de CALLEWAERT, Johan. The European Convention on Human Rights and European Union Law: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, p. 769, 2009. O qual chama a atenção para a diferença entre uniformidade e harmonia ou coerência. Segundo o autor, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos busca a coerência ou a harmonia entre os diversos sistemas – para garantir a fundamentalidade dos direitos – e, jamais, a uniformidade.

<sup>12</sup> Vale chamarmos a atenção para a existência de uma corrente doutrinária que defende, inclusive, a existência de uma cultura constitucional europeia comum. Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 79, p. 7-46, 1993.

da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a democracia e a socialidade.<sup>13 14</sup>

## 2.1 O triângulo normativo e o princípio da proteção mais elevada

A ideia de pluralidade de níveis não pode ser vista como impeditiva à harmonização entre os vários sistemas de proteção dos direitos humanos. Contrariamente, tal pluralidade deve funcionar como instrumento à máxima eficácia e efetividade desses direitos. Contudo, é previsível que, em razão da complexidade dos referidos sistemas de proteção, bem como da complexidade da imbricação entre eles, conflitos surjam em relação à norma de direitos fundamentais a ser aplicada no caso concreto, por qualquer dos níveis de proteção. Nesse contexto, destaca-se um princípio constante da teoria geral dos direitos fundamentais, comum aos vários sistemas de proteção, de matriz nacional, internacional e da União Europeia, o qual postula a preferência pela cláusula normativa de direitos que assegure a proteção mais elevada dos direitos fundamentais.<sup>15</sup>

Diante do princípio da proteção mais elevada, por sua vez, percebemos não mais haver a pretensão de primazia pré-estabelecida de uma norma protetora dos direitos fundamentais sobre as demais. A primazia, agora, é da norma, ou da interpretação de uma norma, mais favorável à tutela daqueles, seja ela de direito nacional, internacional ou da União Europeia, uma vez que todas elas, nesse momento, interagem em benefício da proteção dos direitos fundamentais. Essa é, por sua vez, a solução

expressamente consagrada em diversos documentos de maior relevância, consoante já mencionaremos.<sup>16</sup>

### 2.1.1 A matriz nacional

Primeiramente, fazemos referência à abertura constitucional ao Direito Internacional, constante em várias constituições modernas. Embora seja da competência do Estado a responsabilidade primordial e principal de respeitar e fazer respeitar os interesses de uma determinada comunidade a ele submetida – entre esses interesses se conta, como é evidente, a proteção dos direitos fundamentais –, em caso de insuficiência constitucional, deve o Estado recorrer às demais matrizes normativas. Para tanto, a ordem constitucional deve abrir-se, e assim o faz,

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 262.

<sup>14</sup> O autor caracteriza, assim, a chamada “interjfundamentalidade”. Essa ideia de pluralidade e comunicação normativa tem como suporte teórico os ensinamentos de Peter Häberle, nomeadamente quanto ao “método comparativo” de interpretação da Constituição e, consequentemente, do “Direito Constitucional Comparado”. Cf. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 52.

<sup>15</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 281.

<sup>16</sup> A definição da proteção mais elevada, isto é, a identificação da melhor proteção no caso concreto não constitui o cerne do estudo, embora carregue algumas divergências e mereça maior atenção. Para tanto, remetemos a CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008. p. 182; WEILER, J. H. H. Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space. In: *THE CONSTITUTION of Europe: do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 102-129; BESSELINK, Leonard F. M. Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union. *Common Market Law Review*, n. 35, p. 629, 1998.

às outras ordens consagradoras dos direitos humanos, no intuito de garantir a tutela efetiva de tais direitos.<sup>17 18</sup>

No que tange aos direitos fundamentais consagrados nas Constituições nacionais, não se pretende, de maneira nenhuma, mediante a inter-relação dos diversos ordenamentos jurídicos, retirar ou apagar dos vários ordenamentos constitucionais estaduais suas características peculiares, seus marcos históricos, sua identidade nacional ou sua cultura constitucional, uma vez que, como é sabido, a proteção dos direitos fundamentais nacionalmente consagrados, em muito, depende do contexto

sociopolítico e do compromisso constitucional específico plasmado em cada lei fundamental.<sup>19</sup>

Contudo, diante da necessidade de se criarem mecanismos jurídicos capazes de proteger todos os indivíduos nas mais diversas situações e circunstâncias em que se encontrem, mostra-se necessário superar qualquer concepção limitativa dos direitos fundamentais, de forma a suprir qualquer insuficiência constitucional e, assim, garantir a tutela efetiva desses direitos. Como já alertado, não mais há a pretensão de primazia de uma norma de direitos fundamentais, principalmente a constitucional, sobre as demais, afinal, todas elas interagem em benefício da maior proteção dos indivíduos, de forma verdadeiramente complementar.

Nas palavras de Maria Luisa Duarte:

[...] a abertura do repertório constitucional a outros direitos de fonte internacional e a regra de interpretação de harmonia, também, com o direito internacional constituem elementos basilares de uma estratégia que tem como objetivo a proteção mais elevada ou favorável dos direitos fundamentais, tanto na fase de recepção dos direitos como na fase de interpretação dos direitos constitucionais já consagrados.<sup>20</sup>

E mais, consoante Siqueira Castro, tal abertura se traduz em uma "[...] promissora aliança entre as diversas ordens jurídicas, não apenas teórica mas, acima de tudo, pragmática, com visíveis resultados na tutela efetiva dos direitos fundamentais."<sup>21</sup>

Com efeito, não há como negar, primordialmente, a abertura constitucional ao Direito Internacional. E mais, uma abertura informada e conformada com o respeito aos direitos humanos. Isso significa que, em havendo uma norma internacional vinculativa do Estado que proteja o direito fundamental do indivíduo de forma mais ampla que a norma constitucional, aquela deve prevalecer sobre esta, devendo ser aplicada internamente ou respeitada por meio da interpretação conforme. Em

<sup>17</sup> A título exemplificativo, a Constituição Portuguesa nos apresenta um claro exemplo de previsão e aplicação do princípio da proteção mais elevada. Encontramos na combinação dos seus artigos 8º (1); 16 (1); e 16 (2), sob as epígrafes "direito internacional" e "âmbito e sentido dos direitos fundamentais", a configuração de um princípio de harmonização do regime constitucional com o Direito Internacional, no que concerne a esses direitos. Além da Constituição Portuguesa, outras constituições preveem a abertura do direito constitucional quando da proteção dos direitos humanos. A Constituição Espanhola, em seu artigo 10 (2), bem como a Constituição Alemã, em seus artigos 2º e 25, partilham o princípio da interpretação das normas de direitos fundamentais em conformidade com o Direito Internacional. Não bastasse, ainda que não expressamente constante dos seus respectivos textos constitucionais, na França, na Áustria e na Bélgica, a vinculatividade ao direito internacional como diretriz de interpretação dos direitos fundamentais é observada pelas suas jurisprudências constitucionais. Nesse sentido, apresentando-nos tais previsões constitucionais, DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AA-FDL, 2006. p. 283-285 e CASTRO, Carlos Henrique Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 148-149 e 159-160.

<sup>18</sup> Sobre a incorporação do Direito Internacional nas ordens jurídicas internas, em especial nas europeias, o que não será discutido aqui, remetemos a MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 136-179 e p. 383; POLAKIEWICZ, Jörg. The status of the Convention in National Law. In: BLACKBURN, Robert; POLAKIEWICZ, Jörg (Ed.). *Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its member states, 1950-2000*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 31-53; CASTRO, Carlos Henrique Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131 e ss.; e BESSELINK, Leonard F. M. Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union. *Common Market Law Review*, n. 35, p. 653, 1998.

<sup>19</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 26 e 78, e o que ele chama de "cristalizações e objetivações culturais", as quais influenciam todo texto legal e toda ação juridicamente significativa dentro do Estado constitucional.

<sup>20</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AA-FDL, 2006. p. 283.

<sup>21</sup> CASTRO, Carlos Henrique Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 148.



sendo assim, a chamada “constitucionalização do Direito Internacional”, mediante a vinculação dos Estados ao Direito Internacional, exige a maior proteção dos direitos humanos, sob pena, inclusive, de responsabilização no plano internacional.

### 2.1.2 A matriz internacional

Já em seguida, devemos fazer referência ao Direito Internacional, o qual vem dominando as discussões concernentes à proteção dos direitos humanos, destacando-se, portanto, como principal fonte harmonizadora de conflitos normativos nesse âmbito. Dessa forma, no que concerne à inter-relação do principal catálogo europeu de direitos nessa matéria, qual seja, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), com as demais matrizes normativas e, principalmente, à preferência pela norma de proteção mais elevada ora analisada, o artigo 53 da CEDH, com paralelo em vários outros documentos internacionais de direitos humanos,<sup>22</sup> é-nos bastante esclarecedor, estando aí consagrado o referido princípio.<sup>23</sup>

Na verdade, não é difícil compreendermos o princípio da proteção mais elevada no Direito Internacional. Embora já tenhamos visto que a CEDH, como principal catálogo europeu, apresenta-se como referência para o reconhecimento e a interpretação de direitos fundamentais aos diversos ordenamentos constitucionais, para além de objetivar o reconhecimento normativo de direitos, *prima*, acima de tudo, pela máxima eficácia e efetividade deles, em qualquer sistema de proteção.<sup>24</sup> Não obstante a proteção que já estabelece, a CEDH, enquanto verdadeiro instrumento de tutela internacional, não reconhece em seus dispositivos “uma proteção máxima” dos direitos huma-

nos. Contrariamente, busca e exige dos demais ordenamentos, bem como dos respectivos operadores do direito, essa proteção mais intensa, mais elevada, mais ampla, ainda que constante de demais documentos e matrizes de direitos.

Coadunando com esse entendimento, Alonso Garcia postula que, inequivocamente, as normas de direitos humanos constantes de instrumentos jurídicos internacionais – como é o caso da CEDH – têm uma vocação complementar aos ordenamentos jurídicos nacionais, no intuito de superar quaisquer insuficiências. Por essa razão, funcionam como afirmação de um *standard* mínimo de tutela, que os diferentes ordenamentos – nacionais e também supranacionais, , como veremos – obriga-se a respeitar, não havendo qualquer objeção à consagração de uma tutela mais elevada ou mais intensa de determinado direito ou dos direitos humanos no seu todo em qualquer outro ordenamento jurídico.<sup>25</sup>

Esse é, exatamente, o entendimento que se extrai do referido artigo 53 da CEDH, o qual não levanta maiores questionamentos – sendo, inclusive, pacífico na doutrina –, sempre que as ordens jurídicas nacionais, ou quaisquer outras, estabeleçam, unilateral ou convencionalmente, *standards* superiores de proteção dos direitos humanos em relação àqueles consagrados na CEDH. Como acontece com o patamar constitucional de proteção, como já vimos, a CEDH não pode funcionar como um obstáculo a uma proteção mais elevada dos direitos humanos, eventualmente proporcionada por normas de outras fontes. Por sua vez, caso seja a CEDH a consagrar essa proteção mais exigente, inclusive mediante garantias complementares não estabelecidas nos outros sistemas, aquela deve ser, igualmente, respeitada e observada.

Podemos entender, assim como esclarece Besse-link, que o princípio da proteção mais elevada decorre, diretamente, do regime da subsidiariedade do Direito Internacional em relação a outras matrizes e documentos de direitos humanos, exatamente porque aquele não clama qualquer prioridade sobre os direitos humanos previstos nas constituições nacionais, nos demais documentos e instrumentos jurídicos. Assim, podemos concordar com o referido autor quando ele afirma que a “[...] subsidiarie-

<sup>22</sup> Podemos citar, por exemplo, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 5º, n. 2); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 5º, n. 2); e a Carta Social Europeia (artigo 32).

<sup>23</sup> “Artigo 53º - Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via. Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.”

<sup>24</sup> Consoante deixamos para o próximo tópico, a CEDH funciona como referência não só para as matrizes constitucionais mas, também agora, para a matriz da União Europeia. Podemos dizer, inclusive, que a CEDH consiste na guardiã máxima dos direitos humanos na Europa.

<sup>25</sup> ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 507-508, dec. 2002.

dade está à inteira disposição dos direitos fundamentais, exatamente como deve ser: a proteção mais elevada deve prevalecer” (tradução nossa).<sup>26</sup>

Na verdade, consoante defende Maria Luisa Duarte, a lógica do princípio da proteção mais elevada “[...] determina que a preferência por uma norma sobre direitos fundamentais em detrimento de outra, no quadro de uma relação de pluralidade normativa, se faz em função do seu conteúdo e não da sua origem ou estatuto formal”.<sup>27</sup> Aliás, devemos ter em mente que a característica fundamental dos documentos internacionais se encontra na sua aplicação complementar e subsidiária. O princípio da subsidiariedade, portanto, mostra-se de grande importância ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, justamente funcionando como critério preventivo de conflitos normativos, na medida em que fundamenta a preferência pela norma, independentemente da sua origem, que garanta o mais adequado nível de proteção.<sup>28</sup>

### 2.1.3 A matriz da União Europeia

Por fim, fazemos referência, no âmbito agora do direito da União Europeia, ainda que a sua criação, adoção e vinculação tenham sido bastante controvertidas, à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).<sup>29</sup> Nela, encontramos, de fato, toda a complexidade do sistema de proteção dos direitos humanos na

Europa, correspondente ao chamado “triângulo europeu de proteção”.<sup>30</sup>

Relativamente à inter-relação de todo o ordenamento jurídico da União Europeia, em matéria de direitos humanos, com as suas demais normas e, ainda, com as provenientes das outras matrizes, a referida CDFUE mostra-se de fundamental relevância, no intuito de viabilizar a harmonia normativa e garantir a eficácia e a efetividade dos referidos direitos. Referimo-nos ao artigo 53, agora da CDFUE, o qual estabelece o princípio da proteção mais elevada.<sup>31</sup>

É de ressaltar que, se até pouco tempo havia dúvidas em relação à existência e à aplicação do referido princípio no direito da União, em razão do princípio do primado e da aplicação uniforme, bem como da indefinição da natureza e da força da CDFUE, hoje tal questionamento não mais persiste, uma vez que, primeiramente, a CDFUE tornou-se juridicamente vinculante e assumiu o mesmo valor jurídico que os Tratados Institutivos<sup>32</sup> e,

<sup>26</sup> BESSELINK, Leonard F. M. Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union. *Common Market Law Review*, n. 35, p. 632, 1998.

<sup>27</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 286.

<sup>28</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 242.

<sup>29</sup> A CDFUE foi proclamada no Conselho Europeu de Nice, em 2000, embora não tenha sido integrada ao Tratado da União Europeia naquela ocasião. Somente com o Tratado de Lisboa, de 2007, em vigor a partir de 2009, é que a CDFUE se tornou juridicamente vinculante e assumiu o mesmo valor jurídico dos Tratados Institutivos – o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A CDFUE surge para evidenciar e reforçar o sistema de proteção dos direitos humanos no quadro do direito da União Europeia – dentro de suas competências –, inclusive, assumindo o “protagonismo” nesse âmbito.

<sup>30</sup> O Direito da União Europeia, ao longo das décadas, precisou se adequar às novas exigências surgidas no processo de integração. Os Tratados Comunitários, assinados na década de 50, não continham quaisquer previsões concernentes à proteção dos direitos humanos, já que o processo de construção europeia consistia num projeto meramente econômico e, também, político. Consequentemente, o papel direto da União Europeia na proteção dos direitos humanos era bastante limitado, ficando tal preocupação, por um longo tempo, fora de seu escopo. Na década de 90, contudo, iniciou-se um processo de “deseconomização” da integração europeia. À medida em que a integração econômica e, principalmente, política se estreitava, necessária se mostrava a identificação de bases de cooperação no âmbito dos direitos humanos. Sobre o despertar do direito da União Europeia para a proteção dos direitos fundamentais e o seu respectivo sistema, HERMIDA DEL LLANO, Cristina. El sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. In: LOS DERECHOS fundamentales en la Unión Europea. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 85.

<sup>31</sup> “Artigo 53º - Nível de proteção Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”

<sup>32</sup> Vide nota 28.

acima de tudo, a União Europeia aderiu à CEDH, devendo agora respeitar os seus dispositivos.<sup>33 34</sup>

Tal disposição da CDFUE, como facilmente percebemos, apresenta grandes semelhanças com o artigo 53 da CEDH analisado acima<sup>35</sup>, cujo conteúdo não nos traz muitas controvérsias ou dificuldades. Igualmente agora, consoante já firmado, nas situações de concorrência entre normas de direitos humanos de matrizes diversas, não se pode mais defender a supremacia de uma norma em relação às demais, inclusive a supremacia da norma da União Europeia, caso contrário, estar-se-ia criando o risco de uma possível redução do nível de proteção já garantido pelo direito interno dos Estados, os quais, inclusive, veem-se obrigados quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional, nesse caso, principalmente, à CEDH.

De modo análogo, portanto, à CEDH, a CDFUE também prevê um *standard* mínimo de proteção e visa reforçar a proteção mais elevada atingida por qualquer outro catálogo de direitos humanos, no intuito de proporcionar o *standard* mais elevado e, consequentemente, a proteção mais efetiva desses direitos. Na verdade, consoante já defendido por Maria Luisa Duarte, acima cita-

da, o princípio da proteção mais elevada exige a aplicação da norma de direitos humanos, ou a sua interpretação conforme, em função do seu conteúdo mais protetor.<sup>36</sup>

Os entendimentos outrora contrários à consagração do princípio da proteção mais elevada fundamentavam-se na ideia de que o próprio direito da União Europeia, de maneira intrínseca, contrariava a aplicação de uma norma, supostamente mais protetora, proveniente de outra matriz normativa, isto é, seria contrário à natureza autônoma do ordenamento da União que ela não pudesse relegar a segundo plano ou até mesmo desconsiderar outros instrumentos de proteção.

Explicando a razão das controvérsias surgidas em relação ao referido artigo da CDFUE, Alonso Garcia aponta que, diferentemente do Direito Internacional, que complementa os sistemas nacionais de proteção, a CDFUE é parte de um contexto específico, o contexto da União Europeia, construído em termos de uma ordem legal autônoma. Assim, os contrários à previsão do princípio da proteção mais elevada defendiam que, na concepção da União, sua norma prevaleceria, sempre, em uma relação de conflito e concorrência com a norma constitucional ou internacional, justamente em razão do princípio do primado, bem como do princípio da aplicação uniforme.<sup>37</sup>

É de se atentar, contudo, que o primado do direito da União, por meio da exigência absoluta e incondicional de prevalência de suas normas sobre quaisquer outras de distintas matrizes, correspondia, apenas, a uma fase inicial de afirmação do direito de integração europeia. O direito da União, logo a seguir, já não mais se alicerçava exclusivamente no princípio do primado como critério absoluto de resolução de conflitos entre normas. A relação entre aquele e os direitos nacionais e internacionais evoluiu bastante, a ponto de permitir a conciliação da proteção efetiva dos direitos humanos com a lógica do primado.<sup>38</sup> Neste mesmo sentido, justamente quando em

<sup>33</sup> Consoante consta do Tratado da União Europeia (TUE), após as modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, o artigo 6º assim dispõe:

"Artigo 6º.

(1) A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

(2) A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

(3) Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros."

<sup>34</sup> Uma exposição detalhada acerca do contexto de elaboração, evolução, conteúdo, divergências doutrinárias e aplicabilidade do artigo 53 da CDFUE, antes mesmo da sua força e vinculação jurídicas, embora já no sentido da previsão e da aplicação do princípio da proteção mais elevada, é encontrada em CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

<sup>35</sup> Vide notas 22 e 30.

<sup>36</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 286.

<sup>37</sup> ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 507-508, dec. 2002.

<sup>38</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 289.



causa tais direitos, Vieira de Andrade se utiliza do termo “primado diferenciado” como forma de resolver conflitos entre normas.<sup>39</sup>

É de ressaltar que o pioneirismo nesse sentido é devido ao próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), o qual, antes mesmo da CDFUE, da aderência à CEDH ou da previsão no Tratado da União Europeia (TUE), tomou a CEDH e as “tradições constitucionais comuns” dos Estados-Membros como “fonte privilegiada” de direitos humanos, isto é, fonte material, de inspiração, das quais deduzia os princípios gerais de direito da União.<sup>40</sup> Progressivamente, o TJ passou a invocar diretamente as disposições da CEDH, o que levou alguns autores a afirmarem que a CEDH passou de fonte material a fonte formal, numa lógica de “*absorção ou apropriação explícita*”.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. A carta europeia dos direitos fundamentais e as constituições nacionais. In: ANDRADE, J. C. Vieira de et al. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 83.

<sup>40</sup> Deve-se atentar que o Tratado da União Europeia, já mediante o Tratado de Maastricht, em seu artigo 6º (2), passou a garantir a observância, por parte da União, dos Direitos Humanos consagrados nos documentos internacionais – nomeadamente a CEDH – e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros enquanto princípios gerais de direito comunitário:

“Artigo 6º.

2. A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.”

<sup>41</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direito a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 45, 2006. Como marco para a referência do TJ às “tradições constitucionais comuns” e aos instrumentos internacionais, nos referimos ao caso Nold – Proc. 4/73, Dec. 14 maio 1974. Para uma referência direta do TJ à CEDH, caso Rutili – Proc. 36/75, Dec. 28 outubro 1975. No mesmo sentido, DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais*: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 289. Na referida obra, a autora mostra a evolução dessa abertura do TJ, desde as suas primeiras referências aos “princípios gerais de direito” até as “tradições constitucionais comuns” e o Direito Internacional. Também apresentando o papel do TJ, ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 493, Dec. 2002. Por fim, para a evolução dos direitos fundamentais na União Europeia, bem como a influência da CEDH e, por conseguinte, do TEDH nesse processo, HERMIDA DEL LLANO, Cristina. El sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. In: LOS DERECHOS fundamentales en la Unión Europea. Barcelona: Anthopos, 2005. p. 85.

Com efeito, podemos dizer, como o faz Alonso Garcia, que, também no domínio do direito da União Europeia, as normas de direitos humanos coexistem de maneira complementar. E mais, podemos entender que o artigo 53 da CDFUE já contemplava o princípio da proteção mais elevada.<sup>42</sup> Isso porque, consoante Maria Luisa Duarte, não faria sentido ter o TJ, há muito, incorporado os direitos humanos de outras matrizes para, agora, mediante previsão expressa no TUE – inclusive da CDFUE e da CEDH –, negar a aplicação ou a interpretação mais favorável decorrente desses mesmos direitos. Isso significa, segundo a autora, que:

[...] o princípio geral vertido no artigo 53º da Carta é uma ‘cláusula de remissão’ dotada de um duplo e concertado alcance integrativo: tanto garante a aplicação subsidiária da norma, constitucional ou internacional, mais favorável, como garante a aplicação concreta da norma comunitária de acordo com a interpretação que nela incorpore o sentido mais favorável à proteção dos direitos.<sup>43</sup>

Especificamente no que concerne à CEDH, para além da sua aplicação direta no direito da União, a consequência mais importante da adesão desta àquela corresponde à possibilidade de suas decisões serem submetidas e controladas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Por essa razão, a todo o momento, referimo-nos à articulação dos diversos ordenamentos jurídicos coexistentes na Europa, uma vez que, agora, sem qualquer dúvida, como desenvolveremos a seguir, podemos dizer que o TEDH torna-se o guardião máximo dos direitos humanos no âmbito europeu, cujo objetivo, nas palavras de García Roca, consiste em:

[...] alcançar uma união mais estreita dos Estados-Membros – uma Europa dos Direitos –, protegendo e desenvolvendo de modo semelhante certos direitos básicos das pessoas [...] através de uma constante e paulatina – mas inevitavelmente matizada e prudente, não voluntarista – jurisprudência [...]. Um trabalho promocional, e neste sentido integradora, da jurisprudência europeia.<sup>44</sup> (tradução nossa)

<sup>42</sup> ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 507, dec. 2002.

<sup>43</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais*: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 244.

<sup>44</sup> GARCÍA ROCA, Javier. El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. In: ROCA, Javier García; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos*: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, 2005. p. 34.

Ora, após termos firmado o princípio da proteção mais elevada no contexto internormativo da Europa, devemos tentar alcançar a efetiva proteção dos direitos humanos por meio da atuação jurisdicional – principalmente do TEDH – nesse âmbito.

### 3 A atividade jurisdicional concorrente

Após todas as considerações acima, podemos já concluir que a consolidada pluralidade normativa, ou melhor, a internormatividade europeia em matéria de direitos humanos reflete-se na tutela judicial dos referidos direitos, uma vez que ela se caracteriza também pela concorrência e justaposição, ainda que de maneira parcial, de três esferas jurisdicionais, formando o que chamamos de triângulo judicial: a esfera nacional, a esfera internacional e a esfera da União Europeia.<sup>45</sup>

Coadunando com esse entendimento, Maria Luisa Duarte postula que, se, como verificamos, a Europa:

[...] congrega direitos de fonte plural, colocando em sistema de rede normas de proveniência nacional, internacional e supranacional, a aplicação concreta destas normas requer o concurso dos diferentes níveis de tutela judicial que suportam, no plano processual, a existência do espaço aberto da internormatividade.<sup>46</sup>

É de ressaltar que a conclusão pela concorrência entre os diversos tribunais na Europa, todos competentes para a garantia dos direitos humanos, põe-nos diante de algumas questões de suma importância, quais sejam, aquelas concernentes, principalmente, à delimitação dos respectivos âmbitos de jurisdição; aos riscos de conflitos de interpretação e, consequentemente, de divergência jurisprudencial entre eles; e à insuficiente ou inadequada tutela judicial daqueles direitos. Isso porque, mais uma vez, aproveitando-nos das palavras da referida autora, “[...] vários meios não significam, de modo necessário, os meios idôneos e suficientes”.<sup>47</sup>

Ora, não há como negar que, à primeira vista, o sistema de proteção dos direitos humanos encontrado na Europa aparenta ser “[...] intrincado quanto aos seus diferentes níveis; confuso quanto à justa e definitiva tutela judicial; e relativamente imprevisível quanto ao grau de proteção assegurado”.<sup>48</sup> Contudo, a par dessas considerações que possibilitam certa perspectiva negativa em relação ao complexo sistema europeu, não podemos esquecer que muitas dessas dificuldades já nos foram esclarecidas e, por que não, superadas, consoante verificamos anteriormente e desenvolveremos a seguir.

Ainda assim, a nossa problemática – concernente à inter-relação entre os tribunais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, o TEDH e os próprios Tribunais da União Europeia<sup>49</sup> – pode ser estabelecida nos seguintes termos: como garantir um direito humano consagrado na CEDH cujo exercício tenha sido restringido ou violado pelo Direito da União.

Isso porque, é de sublinhar que os Tratados Institutivos da União Europeia<sup>50</sup> não regulam qualquer via judicial específica de proteção dos direitos humanos, nem mesmo reconhecem ao TJ o monopólio de vigilância sobre a matéria. Na verdade, o sistema judicial previsto nos referidos tratados reparte entre os tribunais nacionais e os tribunais da União Europeia a competência da tutela dos direitos humanos, embora caiba ao TJ a última voz quanto à interpretação e à aplicação do direito da União. Em outros termos, os tribunais nacionais constituem a instância comum de aplicação do direito da União Europeia na ordem jurídica nacional. Em sendo assim, aqueles são competentes no caso de existirem atos nacionais de aplicação de ato ou decisão da União Europeia contrários aos direitos humanos. No entanto, a decisão do juiz nacional sobre a suposta ilegalidade do ato ou da decisão da União Europeia, ou em caso de dúvida de interpretação da norma da União Europeia, exigiria a colocação de uma

<sup>45</sup> Referimo-nos, primordial e respectivamente, aos Tribunais nacionais, ao TEDH e, em última instância, ao TJ.

<sup>46</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais*: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 370.

<sup>47</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais*: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 367-368.

<sup>48</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais*: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 369.

<sup>49</sup> Os tribunais da União correspondem tanto ao Tribunal de Primeira Instância (TPI) como ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ).

<sup>50</sup> Relembramos que nos referimos ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

questão prejudicial perante o TJ, de forma a alcançar a aplicação o mais próximo possível do Direito da União.<sup>51 52</sup>

Por sua vez, a CEDH apresenta, por meio do TEDH, o seu próprio sistema judicial de garantia, cuja competência abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da CEDH pelas Partes-Contratantes. Isso significa que o TEDH é competente para o recebimento de petições individuais, em caráter subsidiário às vias nacionais, com base em violações por qualquer das Partes-Contratantes dos direitos reconhecidos na CEDH e nos seus Protocolos.<sup>53 54</sup>

Ora, devemos identificar, como o faz Anabela Leão, que, enquanto a CEDH nos fornece um sistema de proteção dos direitos humanos complementar, uma vez exterior aos sistemas nacionais – e, ainda, ao sistema da União Europeia –, os Tratados Institutivos e, já agora, a CDFUE,

<sup>51</sup> A competência partilhada entre os Tribunais da União e os Tribunais nacionais é encontrada no artigo 274 do TFUE:

“Artigo 274º

“em prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelos Tratados, os litígios em que a União seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.”

<sup>52</sup> Tal exigência de reenvio se encontra prevista no artigo 267 do TFUE:

“Artigo 267º

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;  
b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.”

<sup>53</sup> Lembremos que à CEDH somam-se 14 (quatorze) Protocolos Adicionais, também abrangidos pela competência do TEDH. Para mais considerações a respeito da função do TEDH, MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 382-397.

<sup>54</sup> A referida competência do TEDH é encontrada no artigo 32 da CEDH:

“Artigo 32º

1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33º, 34º, 46º e 47º.

2. O Tribunal decide sobre quaisquer contestações à sua competência.”

fornece-nos uma proteção interna, já que desenvolvida no interior de um sistema autónomo e específico.<sup>55</sup>

Por essa razão, de um ponto de vista inicial e simplista, ainda que funcionando lado a lado e velando pela observância, pelo menos em parte, dos mesmos direitos, tais sistemas judiciais – representados pelo TJ e pelo TEDH – parecem seguir sentidos contrários, a ponto de criarem uma situação, ao menos, delicada para os Estados-Membros quando da proteção dos direitos humanos, uma vez que os referidos Estados se veem obrigados tanto perante o Direito Internacional como perante o direito da União Europeia.<sup>56</sup>

Neste sentido, ao aplicar o direito da União Europeia, emanado de qualquer de suas instituições ou órgãos, na ordem jurídica nacional, o Estado-Membro pode restringir o exercício ou violar um direito consagrado na CEDH, da qual é Parte-Contratante.<sup>57</sup> Isso significa que os três sistemas judiciais – nacional, internacional e da União Europeia – são competentes frente à violação dos direitos humanos, bem como o sistema nacional se encontra submetido aos sistemas internacional e da União Europeia, consoante já demonstrado. Aí encontramos, portanto, o chamado “triângulo judicial europeu”, representando toda a complexidade da inter-relação entre os tribunais dos três sistemas europeus de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, conforme vimos firmando e também se posiciona Anabela Leão, apesar de o sistema da União

<sup>55</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 68, 2006.

<sup>56</sup> DUARTE, Maria Luisa. O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais: dualidade e convergência. In: ESTUDOS de direito da União e das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 199.

<sup>57</sup> A título exemplificativo, as disposições – bem como a interpretação restritiva do TJ – relativas à legitimidade ativa dos particulares no recurso de anulação e no recurso por omissão, no âmbito da função normativa da União Europeia, limita a sua iniciativa contenciosa aos atos de que sejam destinatários e às omissões relativas a atos que lhes seriam dirigidos, o que fere o direito à tutela judicial efetiva consagrado na CEDH. Ainda, como exemplo, temos o caso levado ao TEDH (Caso Mathews v. United Kingdom. App. 24833/94. Decisão de 18 de fevereiro de 1999), no qual se discutia a exclusão, pelo Reino Unido, dos residentes em Gibraltar das eleições para o Parlamento Europeu, no âmbito do Direito da União, o que fere o direito político consagrado no artigo 3º do Protocolo nº 1 da CEDH.

e o sistema da CEDH, além dos sistemas nacionais – com os seus respectivos órgãos judiciais – reconhecerem reciprocamente a sua autonomia, desenvolvem relações de influência recíproca e, acima de tudo, de complementaridade direta, “[...] expressão de um saudável pluralismo e do diálogo multifacetado da comunidade de intérpretes dos direitos humanos.”<sup>58</sup>

É verdade que não se mostra fácil descrever a relação entre os três níveis judiciais europeus no exercício da competência comum de proteção dos direitos humanos, desde logo, conforme nos alerta Maria Luisa Duarte, “[...] porque o critério mais linear de estruturação dos sistemas judiciais, que é o critério hierárquico, não nos serve para compreender o seu funcionamento.”<sup>59</sup>

Todavia, como já fizemos referência e como desenvolveremos a seguir, o próprio princípio da proteção mais elevada dos direitos humanos, bem como a recente força jurídica da CDFUE e, por fim, a adesão desta última à CEDH nos fornecem os elementos para a sua harmonia.

### 3.1 O triângulo judicial e a harmonia jurisprudencial

Consoante vimos, o “triângulo judicial europeu” é configurado no momento em que relacionamos os tribunais competentes para a tutela dos direitos humanos dos três sistemas europeus, quais sejam, o nacional, o internacional e o da União Europeia. Ainda, como não poderia haver mais dúvidas, os tribunais nacionais se encontram submetidos tanto ao TEDH como ao TJ. Agora, então, resta-nos aprofundar – já que daí se originam as maiores divergências sobre o tema – a relação entre o próprio TEDH e o TJ.

É de ressaltar que, se até bem recentemente havia dúvidas quanto à inter-relação e à complementaridade entre os referidos tribunais, hoje, tal questionamento não mais persiste, uma vez que, em definitivo, a União Europeia aderiu à CEDH e aceitou, por conseguinte, a jurisdição do TEDH. No entanto, vale reportarmo-nos ao momento anterior à adesão, no intuito de, justamente,

compreendermos a evolução da proteção jurisdicional dos direitos humanos na Europa, bem como a busca pela total harmonia nesse âmbito, elementos que alicerçaram e conduziram a própria adesão da União à CEDH.

Com efeito, a possibilidade de atuação do TEDH frente à violação dos direitos humanos consagrados na CEDH por parte de decisão ou ato proveniente do Direito da União Europeia não deveria, jamais, ter suscitado quaisquer dificuldades do ponto de vista da lógica do sistema de proteção dos direitos humanos vislumbrado na Europa, consoante desenvolvemos em um momento anterior. Todavia, muitas dificuldades existiram – e outras ainda existem para alguns –, o que resultou, durante algum tempo, na inibição do TEDH quanto ao exercício de sua competência natural ou, pelo menos, na sua forte limitação quando em causa a tutela dos direitos humanos no quadro da União Europeia.<sup>60</sup>

Tradicionalmente, os argumentos contrários à atuação do TEDH baseavam-se na autonomia e no primado da ordem jurídica da União Europeia, a qual seria incompatível com o reconhecimento ao TEDH de uma competência de controle judicial do direito da União, a qual pertenceria, em exclusivo, aos tribunais nacionais e aos tribunais da própria União Europeia – TPI e TJ. Não bastasse, baseavam-se na ideia de autossuficiência do referido sistema, alegadamente equivalente no que toca à proteção dos direitos humanos assegurada pelos demais sistemas, tanto nacionais como internacional.

Já nos esclarece Maria Luisa Duarte que a contradição fundamental do sistema da União Europeia na tutela dos direitos humanos residia no fato deste acreditar que poderia assegurar uma proteção equivalente de um direito previsto na CEDH sem abdicar das prerrogativas que, erroneamente, considerava como pressupostos da autonomia do sistema: primeira, a não recepção formal dos direitos da CEDH, o que permitiria uma interpretação distinta da do TEDH; e, em seguida, a convicção da sua competência definitiva de controlar o direito da

<sup>58</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 68-76, 2006.

<sup>59</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 370.

<sup>60</sup> DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 738.



União Europeia à luz dos direitos humanos, sem qualquer atuação posterior do TEDH.<sup>61</sup>

Entretanto, também de acordo com a referida autora, a afirmação da autonomia, do primado e da equivalência da ordem jurídica da União jamais poderia confirmar ou justificar o monopólio de jurisdição dos direitos humanos no âmbito da União Europeia pelo TJ, restringindo, consequentemente, a atuação do TEDH e inobservando o consagrado princípio da proteção mais elevada.<sup>62</sup> Isso porque, a CEDH é reconhecida como o catálogo europeu de direitos humanos que “[...] vincula os Estados-Contratantes em qualquer dimensão da sua actuação, mesmo aquela que se desenvolve no quadro da União Europeia”.<sup>63</sup> Os Estados-Membros são, portanto, responsáveis por todos os atos ou omissões dos seus órgãos contrários à CEDH, independentemente destes resultarem apenas do direito interno ou de uma obrigação internacional assumida. A conclusão de outros tratados internacionais não permite aos Estados-Membros liberarem-se das obrigações assumidas no âmbito da CEDH, sob pena de responsabilidade.<sup>64</sup>

Ora, tais argumentos contrários, como pudemos verificar, e teremos oportunidade de rever, mostram-se hoje, ultrapassados e indefensáveis, sobretudo após a indubitável adesão da União à CEDH. Não bastassem, ainda antes da adesão, esses argumentos já não mais correspondiam ou acompanhavam o estágio de evolução do sistema da União Europeia. Isso porque, tal perspectiva ignorava, acima de tudo, a importância de certos aspectos decisivos oriundos da própria evolução jurisprudencial dos tribunais – tanto do TJ como do TEDH –, assim como da defendida dinâmica contínua de aprofundamento jurídico entre eles, esse produto de um longo diálogo e de uma

correta evolução da proteção dos direitos humanos.

No que concerne ao processo histórico de aprofundamento jurídico, podemos dizer que se verificou, ao longo dos anos, uma aproximação acelerada entre o que chamamos de “Pequena e Grande Europa”,<sup>65</sup> sendo o elo jurídico mais forte e visível dessa aproximação, justamente, a observância – ainda que, inicialmente, mediante princípios gerais de direito, como vimos – das normas da CEDH e da sua interpretação consagrada pelo TEDH.<sup>66</sup>

Consequentemente, como não poderia ser diferente, o TEDH, desde há muito, reconhecia o seu fundamental papel nesse importante processo, tendo sido chamado, inclusive, por diversas vezes, a se manifestar sobre a proteção dos direitos humanos no âmbito da União Europeia. Por essa razão, então, importa remetermo-nos à sua atuação quando diante da complexa relação entre o sistema internacional regional e o sistema da União.

Podemos identificar que, inicialmente, quando confrontado com demandas relativas à violação dos direitos humanos por atos ou decisões da União Europeia, o TEDH preferia soluções que, por motivos processuais ou, até mesmo materiais, aliviavam-no do dever de avaliar, no caso concreto, o grau de conformação do sistema da União com o sistema internacional consagrado pela CEDH.<sup>67</sup>

É bem verdade que o TEDH, em sua jurisprudência, sempre reconheceu a autonomia e a especificidade do sistema da União Europeia, no entanto, por sua vez, jamais se posicionou no sentido de impedir o alargamento de seu controle. Dessa maneira, consoante nos informa Anabela Leão, “[...] numa lógica de respeito mútuo e coexistência pacífica entre os dois sistemas – internacional e da União Europeia – verificou-se o recurso à teoria da

<sup>61</sup> DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 746

<sup>62</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 375-376.

<sup>63</sup> DUARTE, Maria Luisa. O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais: dualidade e convergência. In: ESTUDOS de direito da União e das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra, 2006, v. 2. p. 196.

<sup>64</sup> Vide nota 22. Para maiores informações, LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 69, 2006.

<sup>65</sup> A chamada “Pequena Europa” corresponde ao conjunto dos 27 (vinte e sete) Países-Membros da União Europeia. Por sua vez, a chamada “Grande Europa” corresponde ao conjunto dos 47 (quarenta e sete) Países-Membros do Conselho da Europa.

<sup>66</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 413. Para essa aproximação pelo TJ, vide nota 40.

<sup>67</sup> Nesse sentido e para maior detalhamento, DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 416.

auto-contenção no controlo dos actos da União”.<sup>68</sup> Assim sendo, já agora nas palavras de Maria Luisa Duarte, “[...] sem enjeitar a sua competência de controlo sobre o direito da União, o TEDH evidenciava a preocupação de não se imiscuir nos critérios de interpretação e de aplicação das normas daquele sistema”,<sup>69</sup> confiando que este – e seu respectivo aparato judicial – asseguraria uma protecção equivalente.<sup>70</sup>

Ora, conforme já bem nos esclarece e alerta a mesma autora, a equivalência de protecção dos direitos humanos nos diversos sistemas europeus:

[...] não legitima uma conclusão automática sobre a incompetência do TEDH para proceder ao controlo dos actos [da União]. O critério da protecção equivalente apenas fará sentido no quadro de uma relação subsidiária entre o [TJ] e o TEDH, sendo sempre possível a este exercer a sua jurisdição natural se e quando entender que, no caso concreto, não foi garantido pelo Juiz [da União] um nível equivalente de protecção dos direitos da CEDH.<sup>71</sup>

Vale destacar, neste momento, que o TEDH, em decisão posterior, assume, brilhantemente, a ruptura com esta orientação de autocontenção. Mediante brilhante argumentação, o referido tribunal confirmou que é a própria “[...] responsabilidade internacional dos Estados-Membros da União Europeia que torna juridicamente admissível as petições individuais que alegam uma

violação da CEDH com fundamento em acto do direito [da União]”.<sup>72 73</sup>

Desta feita, podemos concluir que o TEDH revelou, desde essa oportunidade, a determinação própria de um tribunal que é, na lógica do sistema europeu e agora formalmente, o garante último dos direitos humanos na Europa.

### 3.1.1 O guardião da Europa

Inegável, pois, foi a evolução da própria jurisprudência europeia na busca pela harmonia intersistemática em matéria de direitos humanos, principalmente por meio da confirmação da CEDH e do TEDH como guardiões máximos daqueles direitos na Europa.

Tal evolução, finalmente, culminou na adesão da União Europeia à CEDH, constante do Tratado de Lisboa, fato este que confirma o compromisso daquela com a protecção dos direitos humanos, além de confirmar a busca incessante pela harmonia intersistemática, sobretudo jurisprudencial.

Assim se fez imprescindível, vale dizer, uma vez que, conforme já verificamos, não era previsto qualquer sistema – nomeadamente judicial – específico de protecção dos direitos humanos na União Europeia. Ao que acresce,

<sup>68</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 69, 2006.

<sup>69</sup> DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 751.

<sup>70</sup> Aliás, de fundamental importância, neste momento, apresenta-se a decisão proferida no caso M. & Co. v. Germany – App. 13258/87, Dec. 9 fevereiro 1990, a qual consagrou que “[...] a atribuição de competências pelos Estados-Membros a uma organização internacional não é incompatível com a CEDH desde que os direitos fundamentais recebam no ordenamento dessa organização uma protecção equivalente”.

<sup>71</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 414.

<sup>72</sup> Caso Mathews v. United Kingdom – App. 24833/94, Dec. 18 fevereiro 1999. Tal decisão constitui um ponto de virada na jurisprudência seguida a respeito das relações entre o sistema da CEDH e o sistema da União. No referido julgamento, o TEDH condenou o Reino Unido em razão do ferimento das disposições da CEDH quando da aplicação do direito da União Europeia. Para mais informações, inclusive analisando essa decisão, CALLEWAERT, Johan. The European Convention on Human Rights and European Union Law: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, p. 770-771, 2009; e DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 750.

<sup>73</sup> É de ressaltar, contudo, que o argumento da responsabilidade internacional dos Estados-Membros não surgiu nesse julgamento, pelo contrário, ele foi clarificado já na decisão M. & Co., quando o TEDH confirmou que “[...] os Estados-membros mantêm intacta a sua responsabilidade pelas eventuais violações da CEDH, mesmo que cometidas pelos órgãos comunitários. A delegação de competências pelos Estados-membros em favor das Comunidades Europeias não é proibida pela CEDH, mas, em caso algum, pode diminuir ou excluir a responsabilidade originária dos Estados-membros como Partes Contratantes da CEDH”. No entanto, como vimos, apesar de reconhecer sua competência natural, o TEDH ainda se posicionava com autocontenção. Vide nota 69.

restou-nos claro, ainda, que o sistema de proteção instaurado pela CDFUE, por si só, mostrou-se também fragilizado pela inexistência de mecanismos jurisdicionais de proteção direta e efetiva dos direitos nela consagrados.

É bem verdade que, nas palavras de Anabela Leão:

[...] a inexistência de um controlo externo da actuação da União, decorrente da [anterior] incompetência do TEDH para apreciar directamente a conformidade dos seus actos face à CEDH, fragiliza[va] o estatuto da União como Comunidade de Direito e [era] uma das lacunas mais apontadas ao seu sistema de protecção dos direitos humanos.<sup>74</sup>

Por essa razão, não era apenas defensável como recomendável a existência de um controle externo da conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos das atuações desenvolvidas no âmbito da União Europeia. E mais, daí não surgiam quaisquer impossibilidades. Vale fazermos uma analogia com o controle externo – internacional – em relação aos Estados, controle este que jamais põe em causa a soberania ou a autonomia dos sistemas jurídicos daqueles. Contrariamente, tal controle e, por que não, interação desenvolvem um saudável e enriquecedor diálogo entre as diversas ordens jurídicas.

Com efeito, partindo de pertinente analogia proposta por Maria Luisa Duarte:

[...] quanto mais a União se aproxima, no que toca à latitude dos poderes que exerce e ao conteúdo regulador das normas que estabelece, do paradigma estadual na relação entre o indivíduo e os poderes públicos, mais prementes se torna a sujeição da União a um verdadeiro controlo internacional, funcionalmente equivalente àquele que é exercido sobre os Estados europeus.<sup>75</sup>

E mais, agora nas palavras de Anabela Leão:

[...] esse controlo externo não poria em causa a autonomia do direito da União, em relação ao qual o TJ continuaria a ser juiz supremo, não cabendo ao TEDH anular actos, nem sendo a relação TJ e TEDH de hierarquia mas de especialidade, funcionando o TEDH em relação ao direito da União enquanto tribunal especializa-

do, tal como acontece já em relação aos Estados Contratantes.<sup>76</sup>

É certo que muitos já defendiam, antes da atual formalização, “[...] a necessidade de um controlo *a posteriori* por parte do TEDH no quadro de um triângulo judicial activo sobre direitos fundamentais no espaço europeu da internormatividade”.<sup>77</sup> Suas razões seriam, de início, o princípio do juiz natural, o qual faria do TEDH o tribunal competente para julgar as questões relativas à interpretação e aplicação da CEDH a ele submetidas, uma vez que os Estados que compõem a União Europeia são, todos, contratantes da CEDH e aceitaram a jurisdição do TEDH. Coadunando com esse entendimento, Alonso García já se posicionava no sentido de ser a União Europeia “[...] uma comunidade de valores baseada precisamente nos valores que são a própria essência dos seus Estados-Membros”<sup>78</sup> (tradução nossa), este, por sua vez, submetidos ao TEDH.

Além do mais, defendiam justamente que o próprio princípio da proteção mais elevada, por nós já tratado, “autorizava” esse controle do direito da União pelo TEDH. Em sendo assim, tanto as previsões constitucionais como os artigos 53 da CEDH e da CDFUE, além de afirmarem que a interpretação e a aplicação dos direitos humanos deveriam estar em conformidade com a consagração mínima internacional da CEDH e do TEDH – nesse momento prezando pela exclusão de jurisprudências discordantes entre os diversos tribunais – também afirmavam que tal conformidade interpretativa fundamentava a competência do TEDH para controlar o modo pelo qual o juiz da União Europeia – tal como o faz em

<sup>74</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 68, 2006.

<sup>75</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 420.

<sup>76</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 72, 2006.

<sup>77</sup> DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 749-750.

<sup>78</sup> ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 502, dec. 2002.

relação ao juiz nacional – interpretava e aplicava tais disposições.<sup>79 80</sup>

A verdade é que, consoante já vimos, a CEDH consiste no instrumento normativo que exprime, de forma mais rigorosa e exigente, uma vontade fundamental de convergência europeia no domínio dos direitos humanos, esta entendida em uma dupla incidência: tanto, no plano material, a aceitação de um núcleo básico e mínimo de direitos e liberdades; como, no plano judicial, o reconhecimento da competência natural do TEDH, garantia de proteção máxima e efetiva dos direitos humanos.<sup>81</sup>

No entanto, ainda que possam surgir algumas divergências sobre o tema, a União Europeia procedeu à adesão à CEDH por meio do Tratado de Lisboa, passando, agora e indubitavelmente, a ser controlada, no que tange às observâncias da CEDH e à proteção dos direitos

humanos, pelo TEDH.<sup>82</sup> Demais preocupações também podem ser levantadas, tal como o temor de uma “invasão” do direito internacional no direito da União que possa interferir e prejudicar a autonomia da sua ordem jurídica. Contudo, não se pode colocar tal receio do TJ de se subjugar ao controle do TEDH, até porque este só pode se reportar aos direitos consagrados na CEDH.

Obviamente, conforme defendemos a todo tempo, isso não significa que o TEDH atue na proteção dos direitos humanos na Europa isoladamente, pelo contrário, a todo o momento aquele busca a coerência intersistemática, principalmente por meio do princípio da proteção mais elevada, lançando mão das demais matrizes normativas e jurisprudenciais, inclusive da União Europeia.<sup>83</sup> Portanto, um modelo eficaz de cooperação entre o TJ e o TEDH, com base no reconhecimento mútuo, é a regra-chave para se alcançar a harmonia dos direitos humanos na Europa.

Isso porque, consoante nos ensinam Hoffmann e Ringelheim, é por meio das:

[...] trocas e dos diálogos críticos, resultado da participação de uma enriquecedora multiplicidade de atores a nível nacional, internacional e supranacional, que o sentido e a tutela dos direi-

<sup>79</sup> DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 749-750.

<sup>80</sup> Nesse sentido, podemos afirmar que a CDFUE, embora alguns a tenham entendido como a afirmação de um sistema próprio de proteção dos direitos humanos na União Europeia, não pode ser vista como um obstáculo, mas como um estímulo à atuação do TEDH nesse âmbito, já que, justamente, em seu artigo 53, prevê maior influência das jurisprudências do TJ e do TEDH, contribuindo para a sua harmonia. Para mais comentários nesse sentido, LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 72, 2006.

<sup>81</sup> Nesse sentido, DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. p. 756-757.

<sup>82</sup> É certo que a própria adesão formal da União Europeia à CEDH fazia suscitar, em parte da doutrina, algumas outras dificuldades, tendentes a torná-la impossível. Por exemplo, podemos nos referir à preocupação suscitada em relação à participação de uma entidade, como é a União Europeia, num sistema, até agora, reservado aos Estados. Contudo, vale lembrar que as Partes-Contratantes da CEDH aproveitaram a celebração do seu Protocolo Adicional n. 14, para prever, no seu artigo 17º, que a União Europeia poderia aderir à CEDH, constituindo, assim, um sinal claro emitido pelos Contratantes da CEDH da sua disponibilidade para acolher a União no sistema regional de tutela dos direitos humanos. Algumas outras dificuldades, principalmente técnico-processuais, podem ser postas quanto à adesão da União Europeia à CEDH, no entanto, estas não serão desenvolvidas no presente estudo e, acreditamos, não serem elas imprescindíveis à devida e necessária articulação dos sistemas de proteção dos direitos humanos na Europa.

<sup>83</sup> Podemos citar como exemplos algumas decisões do TEDH que comprovam tal ligação e complementaridade, inclusive mediante referência à própria proteção da União e às próprias decisões do TJ. São elas: D.H. and others v. Czech Republic – App. 57325/00, Dec. 13 novembro 2007; Scoppola v. Italy – App. 10249/03, Dec. 17 setembro 2009; e Bosphorus v. Ireland – App. 45036/98, Dec. 30 junho 2005. No mesmo sentido, apresentando tais decisões, CALLEWAERT, Johan. The European Convention on Human Rights and European Union Law: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, p. 771-774, 2009.



tos humanos se constroem, se transformam e se concretizam.<sup>84</sup> (tradução nossa)

Dessa forma, lembrando-nos do conceito de “irritação recíproca” entre sistemas de Luhmann<sup>85</sup>, tais sistemas europeus terão, sempre, de ser vistos como interdependentes e complementares, e jamais excludentes e supremos, expressando, assim, um saudável pluralismo e diálogo totalmente comprometidos com o desenvolvimento e com a proteção dos direitos humanos.

Portanto, o Direito da União Europeia, bem como o direito dos diversos Estados-Membros, não pode deixar de se encontrar com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, principalmente mediante a CEDH, a qual fundamenta e renova a legítima aspiração de uma “Europa de Direito”, que partilha os mesmos valores e converge sobre a necessidade de uma proteção comum dos direitos humanos na, já agora, “Europa dos Direitos”.<sup>86</sup> Relembrando as palavras de García Roca já transcritas, o objetivo da CEDH e, primordialmente, do TEDH, consiste em alcançar uma união mais estreita dos Estados-Membros – caracterizando uma Europa dos Direitos –, protegendo e desenvolvendo de modo coerente e semelhante os direitos humanos, por intermédio,

principalmente, de uma harmoniosa e integradora jurisprudência – a jurisprudência europeia.<sup>87</sup>

#### 4 Conclusão

Já agora, é tempo de avaliarmos a inter-relação entre os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos existentes na Europa, nomeadamente os sistemas nacionais, o sistema internacional e o sistema da União Europeia.

O chamado “triângulo europeu”, como pudemos constatar, concretiza o modelo mais complexo de articulação normativa e judicial, justamente em razão da origem diversa das suas normas e da consequente sobreposição de seus conteúdos, bem como das suas respectivas aplicações e competências concorrentes.

É bem verdade que toda essa pluralidade, de modo quase inevitável, põe-nos diante de alguns conflitos e de muitos questionamentos. No entanto, consoante também já sublinhamos, é, justamente, essa coexistência de normas, valores, princípios e mecanismos judiciais múltiplos que, de maneira sistemática e harmonizadora, conduz-nos à “identidade jurídica europeia” em matéria de direitos humanos.

Grande parte do mérito dessa “identidade jurídica” e dessa harmonização – tanto normativa como jurisprudencial – é creditada ao próprio princípio da proteção mais elevada em matéria de direitos humanos, consagrado em todas as matrizes normativas verificadas e, num momento posterior, confirmado pela concessão de força jurídica à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, mediante o Tratado de Lisboa.

Não bastasse, a adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também mediante o Tratado de Lisboa, reafirma esta como o principal documento europeu de convergência jurídica, além de garantir a consequente jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nesse âmbito, este, agora, elevado a guardião máximo dos direitos humanos na Europa.

<sup>84</sup> HOFFMANN, Florian; RINGELHEIM, Julie. Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n. 52, p. 142, 2004. No mesmo sentido, BOTELHO, Catarina Santos. A proteção internacional regional dos direitos do homem. In: A TUTELA direta dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010. p. 330.

<sup>85</sup> LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p. 40. Ainda, LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 40, segundo o qual, as sociedades se diferenciam em subsistemas funcionais que, apesar de operacionalmente fechados, são cognitivamente abertos, o que faz com que cada um deles sofra uma “irritação” ou “interferência” causada pelo entorno. Nesse sentido, apesar de inicialmente independente, a adaptação e a evolução do sistema jurídico também decorre dessas “irritações” ou “interferências intersistemáticas”.

<sup>86</sup> DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 420.

<sup>87</sup> GARCÍA ROCA, Javier. El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. In: ROCA, Javier García; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, 2005. p. 34.

## Referências

- ALEMANHA. Constituição (1949). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- ALONSO GARCIA, R. The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 492-514, Dec. 2002.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. A carta europeia dos direitos fundamentais e as constituições nacionais. In: ANDRADE, J. C. Vieira de et al. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 83-88.
- BESSELINK, Leonard F. M. Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union. *Commom Market Law Review*, n. 35, p. 629-680, 1998.
- BOTELHO, Catarina Santos. A proteção internacional regional dos direitos do homem. In: A TUTELA direta dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010. p. 315-371.
- CALLEWAERT, Johan. The European Convention on Human Rights and European Union Law: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, p. 768-783, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.
- CASTRO, Carlos Henrique Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CONSELHO DA EUROPA. *Carta Social Europeia*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/TreatiesIndex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/TreatiesIndex_en.asp)>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- DUARTE, Maria Luisa. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia: natureza e meios de tutela. In: ESTUDOS de direito da União e das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 255-289.
- DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Lisboa: AAFDL, 2004. v. 2, p. 735-760.
- DUARTE, Maria Luisa. O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais: dualidade e convergência. In: ESTUDOS de direito da União e das Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 191-203.
- DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006.
- ESPAÑA. Constituição (1978). Constitución Española. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constituicion/indice/>>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- GARCÍA ROCA, Javier. El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo. In: ROCA, Javier García; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, 2005. p. 21-47.
- HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 79, p. 7-46, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.
- HERMIDA DEL LLANO, Cristina. El sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. In: LOS DERECHOS fundamentales en la Unión Europea. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 85-183.
- HOFFMANN, Florian; RINGELHEIM, Julie. Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n. 52, p. 109-142, 2004.

LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 3, p. 41-76, 2006.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited? *Common Market Law Review*, n. 36, p. 703-750, 1999.

POLAKIEWICZ, Jörg. The status of the Convention in National Law. In: BLACKBURN, Robert; POLAKIEWICZ, Jörg (Ed.). *Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its member states, 1950-2000*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 31-53.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Nold*. Processo C-4/73. Decisão de 14 de maio de 1974. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-4/73&td=ALL&parties=Nold>>. Acesso em: 1º dez. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Rutili*. Processo C-36/75. Decisão de 28 de outubro de 1975. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-36/75&td=ALL&parties=Rutili>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso Bosporus v. Ireland*. App. 45036/98. Decisão de 30 de junho de 2005. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=45036/98&sessionid=83008418&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso D.H. and others v. Czech Republic*. App. 57325/00. Decisão de 13 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57325/00&sessionid=83008418&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso M. & Co. v. Germany*. App. 13258/87. Decisão de 9 de fevereiro de 1990. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=13258/87&sessionid=83008418&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso Mathews v. United Kingdom*. App. 24833/94. Decisão de 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=24833/94&sessionid=83008418&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Caso Scoppola v. Italy*. App. 10249/03. Decisão de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=10249/03&sessionid=83008418&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 1º dez. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

WEILER, J. H. H. Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space. In: THE CONSTITUTION of Europe: do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 102-129.

**Para publicar na Revista de Direito Internacional,  
acesse o endereço eletrônico [www.publicacoesacademicas.uniceub.br](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**